

Rundbrief

ARBEITNEHMERANWÄLTE

Die deutschlandweite Anwaltskooperation für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte

Der fiktive Provisionsanspruch

Erfolgsvergütung bei Urlaub, Krankheit und anderen Abwesenheiten | Seite 3

Mitbestimmung bei der Zeiterfassung

LAG München setzt Einigungsstelle ein | Seite 11

Das Beschwerdeverfahren nach § 85 BetrVG

Betriebsräte sollten es kennen und nutzen | Seite 14

Zuschläge nach Kündigung des Tarifvertrages

Keine Abschaffung ohne Mitbestimmung | Seite 24



Arbeitnehmer-
Anwälte

in ganz Deutschland

→ Wir haben uns bundesweit zu einer Kooperation von Anwältinnen und Anwälten zusammengeschlossen.

Als Experten mit langjährigen Erfahrungen im Arbeitsrecht beraten und vertreten wir ausschließlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte, Mitarbeitervertretungen sowie Gewerkschaften. Über die anwaltliche Tätigkeit hinaus bringen sich die Mitglieder der vor mehr als 20 Jahren gegründeten Kooperation auch fallübergreifend in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion ein.

Kooperationskanzleien befinden sich in: Berlin, Bremen, Dortmund, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Hamburg/Kiel, Hannover, München, Münster, Nürnberg/Ansbach, Offenburg, Stuttgart und Wiesbaden.

Kontaktdaten finden Sie am Ende dieses Rundbriefs und unter:

www.arbeitnehmer-anwaelte.de

Der fiktive Provisionsanspruch

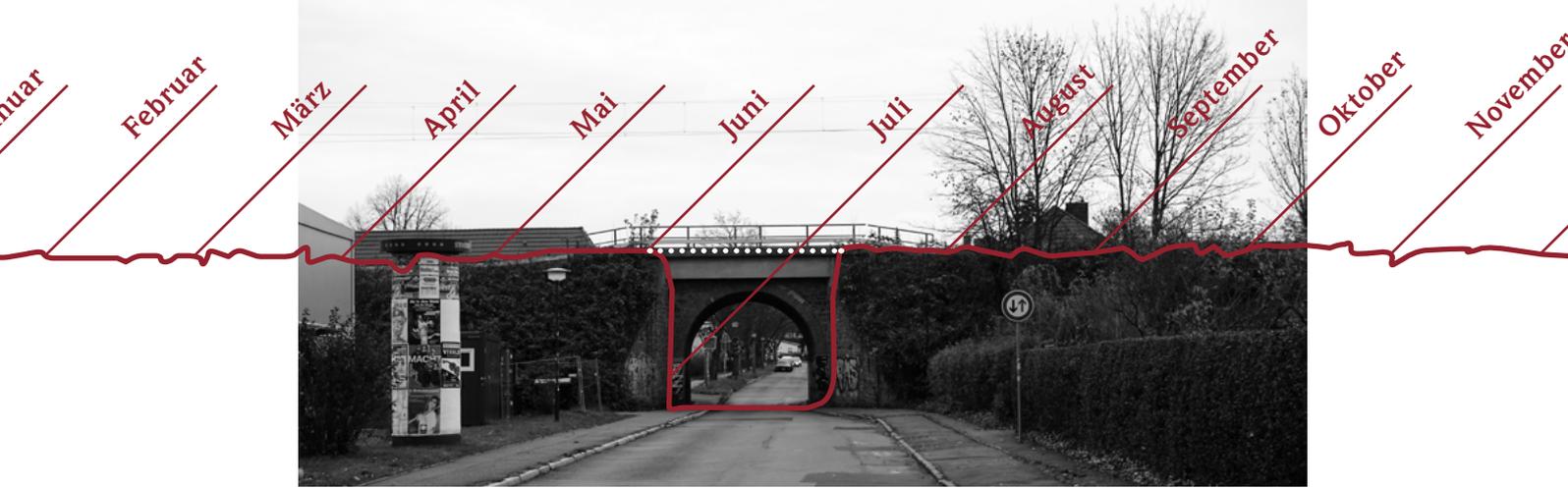
Erfolgsvergütung bei Urlaub, Krankheit und anderen Abwesenheiten

Leistungsbezogene Erfolgsvergütungen als Teil des monatlichen Gehaltes sind nicht nur bei Handelsvertretern üblich. Auch in anderen Branchen und Berufen erhalten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer neben ihrem Grundgehalt eine variable Vergütung. Oft ist diese ein wichtiger Bestandteil des Einkommens. Trotzdem zahlen Arbeitgeber während des Urlaubs, an Feiertagen, bei Krankheit oder auch im Mutterschutz meistens nur das vereinbarte Grundgehalt. Aber ist dies richtig oder besteht daneben auch ein Anspruch auf Zahlung einer fiktiven Provision?



→ Allgemeines zum Provisionsanspruch

Provisionsvereinbarungen finden sich in vielen Branchen und Arbeitsverhältnissen, so zum Beispiel im Vertrieb, im Einzelhandel, im Versicherungswesen, aber auch bei angestellten (Zahn-)Ärztinnen, Zahnhygienikern und Physiotherapeuten. Provisionen sind Erfolgsvergütungen. Es handelt sich um eine weitere Vergütungsform neben dem Grundgehalt. Für die Frage, ob eine Erfolgsvergütung vereinbart ist, ist die rechtliche Natur der Absprache entscheidend, nicht die konkrete Bezeichnung. Ob die Erfolgsvergütung also beispielsweise als „Provision“, „variable Vergütung“ oder „Gratifikation“ bezeichnet wird, ist nicht von Bedeutung, solange der vertraglichen Regelung die Vereinbarung einer Erfolgsvergütung zu entnehmen ist.



Etwas komplizierter ist die rechtliche Einschätzung, wenn die Höhe der Erfolgsvergütung von der Leistung aller Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter abhängig ist und somit eine Beteiligung an dem Wert aller Geschäfte eines Unternehmens oder einer Abteilung erfolgt (sogenannte Umsatzbeteiligung). In diesem Falle ist es von der konkreten vertraglichen Ausgestaltung abhängig, wie die Beteiligung rechtlich einzuordnen ist und welche Rechte aus der Vereinbarung resultieren.

Ist eine auf die persönliche Leistung bezogene Erfolgsvergütung vereinbart, besteht das monatliche Bruttogehalt in der Regel aus einem festen Bestandteil (oft „Fixum“ oder „Garantiegehalt“ genannt) und dem auf dem Erfolg beruhenden variablen Bestandteil. Der variable Vergütungsbestandteil kann hierbei einen entscheidenden Teil der monatlichen Gesamtvergütung ausmachen.

Wird die tatsächliche Arbeitsleistung nicht erbracht, wird häufig nur das Grundgehalt ausgezahlt. Dies führt zum Beispiel bei Krankheit, im Urlaub oder auch im Mutterschutz zu spürbaren Gehaltseinbußen. Dies, obwohl das Gesetz hierzu andere Regelungen vorsieht und in vielen dieser Fälle ein Anspruch auf Zahlung einer fiktiven Provision besteht.

Die Entgeltfortzahlung und das Lohnausfallprinzip

Für einen überwiegenden Teil der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist das Arbeitsverhältnis von grundlegender Bedeutung, denn das hieraus erworbene Arbeitsentgelt dient der Finanzierung des Lebensunterhaltes. Um dieser Bedeutung gerecht zu werden, sieht das deutsche Rechtssystem eine Vielzahl von Tatbeständen vor, in denen von dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ abgewichen wird. Denn es kann diverse Gründe haben, dass Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung nicht erbringen – oft haben sie es nicht verschuldet. So kann es einerseits sein, dass sich die Arbeitgeber in Annahmeverzug befinden, also die Arbeitsleistung eines Beschäftigten trotz ordnungsgemäßen Angebots nicht annehmen. Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn darüber gestritten wird, ob das Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung beendet wurde. Wenn ein Beschäftigungsverbot vorliegt, können Arbeitgeber rechtlich daran gehindert sein, die Arbeitsleistung in Anspruch zu nehmen. Dies gilt zum Beispiel an gesetzlichen Feiertagen – mit Ausnahmen für bestimmte Berufe – oder während der Mutterschutzfristen oder eines schon davor ausgesprochenen ärztlichen



Beschäftigungsverbots. Andererseits können die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer daran gehindert sein, ihre Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen, sei es, weil sie zum Beispiel arbeitsunfähig erkrankt sind oder weil sie ihren Anspruch auf bezahlten Urlaub ausüben.

In diesen Fällen besteht trotzdem ein Anspruch auf das vereinbarte Entgelt. Die Beschäftigten sind zumeist so zu stellen, wie sie stehen würden, wenn sie die Arbeitsleistung erbracht hätten (Lohnausfallprinzip). Dies führt dazu, dass auch die vereinbarte Erfolgsvergütung fortzuzahlen ist. Und das, obwohl der der Vereinbarung zugrundeliegende Erfolg – beispielsweise die Vermittlung von Geschäften oder die Vornahme von Heilbehandlungen – nicht eingetreten ist, nicht eintreten konnte. Aus diesem Grund spricht man von einem fiktiven Provisionsanspruch.

Urlaub

Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ist ein Kernstück nicht nur des deutschen Arbeitsrechts, sondern auch des europäischen Sozialrechts. So hat der Europäische Gerichtshof die Bedeutung des bezahlten Urlaubes in diversen Urteilen hervorgehoben und die Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gestärkt, vor allem bei langer Krankheit.

Gemäß § 11 Bundesurlaubsgesetz erhalten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer während des bezahlten Jahresurlaubes Urlaubsentgelt. Dieses bemisst sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst in den **13 Wochen vor Beginn des Urlaubes** (§ 11 Absatz 1 Satz 1 BUrlG). Vereinfacht gesagt, wird hierbei ermittelt, wie viel man in den 13 Wochen vor Beginn des Urlaubes gearbeitet hat („Zeitfaktor“) und wie viel man durchschnittlich verdient hat („Geldfaktor“). Bei festen Arbeitszeiten und einem Gehalt, das nicht von Zulagen, Zuschlägen oder weiteren Entgeltbestandteilen abhängig ist, ist die Berechnung einfach möglich. Da die Beschäftigten aber

so gestellt werden sollen, wie sie gestanden hätten, wenn sie gearbeitet hätten, und hierzu das durchschnittliche Gehalt der 13 Wochen vor dem Urlaub zugrunde gelegt wird, müssen auch Erfolgsvergütungen der 13 Wochen vor dem Urlaub berücksichtigt werden.



Urlaubsentgelt nennt man das Arbeitsentgelt während des Urlaubs. Etwas anderes ist das Urlaubsgeld, das manchmal zusätzlich - wie Weihnachtsgeld - gezahlt wird. Noch etwas anderes ist die Urlaubsabgeltung: Diese erhält man, wenn am Ende eines Arbeitsverhältnisses Resturlaub in Geld ausgezahlt wird.



Berechnungsbeispiel:

Urlaub vom 31.07.2023 bis zum 11.08.2023 (10 Urlaubstage)
Zeitraum 13 Wochen vor dem Urlaub: 01.05.2023 bis 30.07.2023
Durchschnittliche Arbeitszeit pro Tag: 8 Stunden

Mai | Grundgehalt 2.000 Euro + Provision 2.600 Euro

Juni | Grundgehalt 2.000 Euro + Provision 4.000 Euro

Juli | Grundgehalt 2.000 Euro + Provision 3.000 Euro

= 15.600 Euro Einkommen der letzten 13 Wochen
 $15.600 \text{ Euro} \div 13 \text{ Wochen} = 1.200 \text{ Euro pro Woche}$
 $1.200 \text{ Euro} \div 5 = 240 \text{ Euro pro Arbeitstag}$

→ **2.400 Euro** Urlaubsentgelt für 10 Urlaubstage

Ohne Berücksichtigung der Provision läge das Urlaubsentgelt nach der gleichen Berechnung bei lediglich ca. 923 Euro ($6.000 \text{ Euro} \div 13 \approx 461,53 \text{ Euro}$, $\div 5 \approx 92,30 \text{ Euro}$, $\times 10 \approx$ **923 Euro**).

Dass das Urlaubsentgelt auch den Rückgang des Provisionseinkommens in der Urlaubszeit kompensieren soll, hat der EuGH bereits im Jahr 2014 entschieden. Anlass war eine Klage in England, mit welcher der Kläger fiktive Provision für die Zeit seinesurlaubes geltend machte. Das Gericht legte dem EuGH die Frage vor, wie in diesem Zusammenhang die europäische Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG) auszulegen sei. Dort ist der Jahresurlaub wie folgt geregelt:

„(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.

(2) Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.“

Artikel 7 Arbeitszeitrichtlinie



In seinem Urteil von 2014 stellt das Gericht klar, dass der bezahlte Jahresurlaub ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Europäischen Union sei, der in Artikel 31 der Grundrechtscharta verankert sei. Bezahlter Jahresurlaub im Sinn der Richtlinie bedeute, dass die Arbeitnehmer das gewöhnliche Arbeitsentgelt erhalten müssten. Der Anspruch auf Jahresurlaub und der Anspruch auf Zahlung des Urlaubsentgelts seien hierbei zwei Aspekte eines einzigen Anspruchs. Durch die Zahlung des Urlaubsentgelts sollten die Arbeitnehmer finanziell in die Lage versetzt werden, in der sie sich befinden würden, wenn sie gearbeitet hätten. Hierbei seien auch Nachteile zu kompensieren, die dadurch entstehen könnten, dass die Arbeitnehmer während ihres Urlaubes keine weiteren Provisionsansprüche für die Folgezeit generieren könnten. In solchen Fällen würden sie durch den Urlaub in der Zeit nach dem Urlaub weniger Geld bekommen. Deshalb sei auch in Urlaubszeiten eine fiktive Provision zu berechnen, auszuzahlen und den Folgemonaten zugrunde zu legen. Hierbei sind alle gewöhnlichen Entgeltbestandteile zu berücksichtigen, auch solche, die an die persönliche oder berufliche Stellung der Arbeitnehmer anknüpfen. Andernfalls könnten sich die Arbeitnehmer aufgrund der wirtschaftlichen Nachteile gezwungen sehen, den Urlaub nicht anzutreten.

Während des bezahlten Jahresurlaubs wirkt sich die fiktive Provision somit nicht nur auf die Höhe des Urlaubsentgelts aus, sondern je nach Vereinbarung auch auf die Provision, die in der Zeit nach dem Urlaub gezahlt werden muss, wenn diese von der durchschnittlichen Provision der Vormonate abhängt.

Krankheit

Auch während der Entgeltfortzahlung bei Krankheit müssen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entsprechend dem Lohnausfallprinzip so gestellt werden, wie sie stehen würden, wenn sie an der Erbringung der Arbeitsleistung nicht verhindert gewesen wären. Entscheidend ist hierbei nicht, ob man an den konkreten betroffenen Ausfalltagen eine Provision verdient hätte, indem man als Arzt zum Beispiel eine Behandlung vorgenommen hätte, für die man eine Provision erhalten hätte. Es ist lediglich entscheidend, welche Provision man nach der Regel der Wahrscheinlichkeit erhalten hätte – mit anderen Worten, was eine gesunde Person im Gegensatz zu einer erkrankten Person hätte erarbeiten können.



Die gesetzliche Entgeltfortzahlung ist in § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz geregelt. Die Berechnung erfolgt nach § 4 EFZG ebenfalls anhand des Zeitfaktors und des Geldfaktors. Allerdings legt die Norm anders als § 11 BUrlG keinen Referenzzeitraum fest. Wenn der Bezugszeitraum unklar ist, kann das Gericht eine Schätzung vornehmen (§ 287 Absatz 2 ZPO). Das Bundesarbeitsgericht hat je nach Einzelfall **unterschiedliche Referenzzeiträume** angewandt. Diese lagen mal bei vier Wochen, mal bei 12 Monaten und sind maßgeblich davon abhängig, wie stark die Schwankungen sind, denen der Provisionsanfall unterworfen ist, und wie lange das Arbeitsverhältnis bereits besteht. Gerade bei stark schwankenden Provisionen ist nach der Rechtsprechung in der Regel ein Referenzzeitraum von 12 Monaten angemessen. Ein angemessener Zeitraum kann unter Umständen aber auch eine Berechnung nach der 13-Wochen-Regelung des Urlaubsrechts sein. Es ist mithin im Einzelfall abzuwägen, welcher Zeitraum zugrunde gelegt wird. Unabhängig von dieser Frage muss für die Zeit der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall aber die durchschnittliche Provision weitergezahlt werden.

In Arbeitsverhältnissen, auf die Tarifverträge anwendbar sind, ist zu beachten, dass dort – in der Regel im jeweiligen Manteltarifvertrag (MTV) – konkrete Berechnungsregeln vorgegeben sein können.

Feiertage

Auch an Feiertagen ist das Gehalt entsprechend dem Lohnausfallprinzip zu zahlen (§ 2 Absatz 1 EFZG). Die Berechnung erfolgt wie bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 4 EFZG). Auch für Feiertage ist somit ein fiktiver Provisionsanspruch zu zahlen, der sich hier allerdings viel weniger gravierend auswirkt als bei längeren Abwesenheiten, wie sie durch Urlaub und Krankheit entstehen können.

Freistellung von Betriebsratsmitgliedern

Ein weiterer Fall, in dem das Lohnausfallprinzip angewendet wird, ist die Freistellung für Betriebsratsarbeit (§ 37 Absatz 2 Betriebsverfassungsgesetz). Das BetrVG begründet hier zwar keinen eigenen Vergütungsanspruch, sichert aber den Entgeltanspruch ab, den die Betriebsratsmitglieder aus ihrem Arbeitsvertrag haben. Auch aus § 37 Absatz 2 BetrVG lässt sich der Grundsatz entnehmen, dass das Arbeitsentgelt



weiterzuzahlen ist, das die betroffenen Betriebsratsmitglieder erzielt hätten, wenn sie durchgängig die normale Arbeitsleistung erbracht hätten. Bei der hypothetischen Berechnung sind alle Vergütungsbestandteile und deren Besonderheiten zu berücksichtigen. Wird der Berechnung einer Bonuszahlung hierbei ein Zielerreichungsgrad zugrunde gelegt, ist zu schauen, welchen Zielerreichungsgrad das Betriebsratsmitglied bei hypothetischer Betrachtung ohne die Arbeitsbefreiung erreicht hätte.

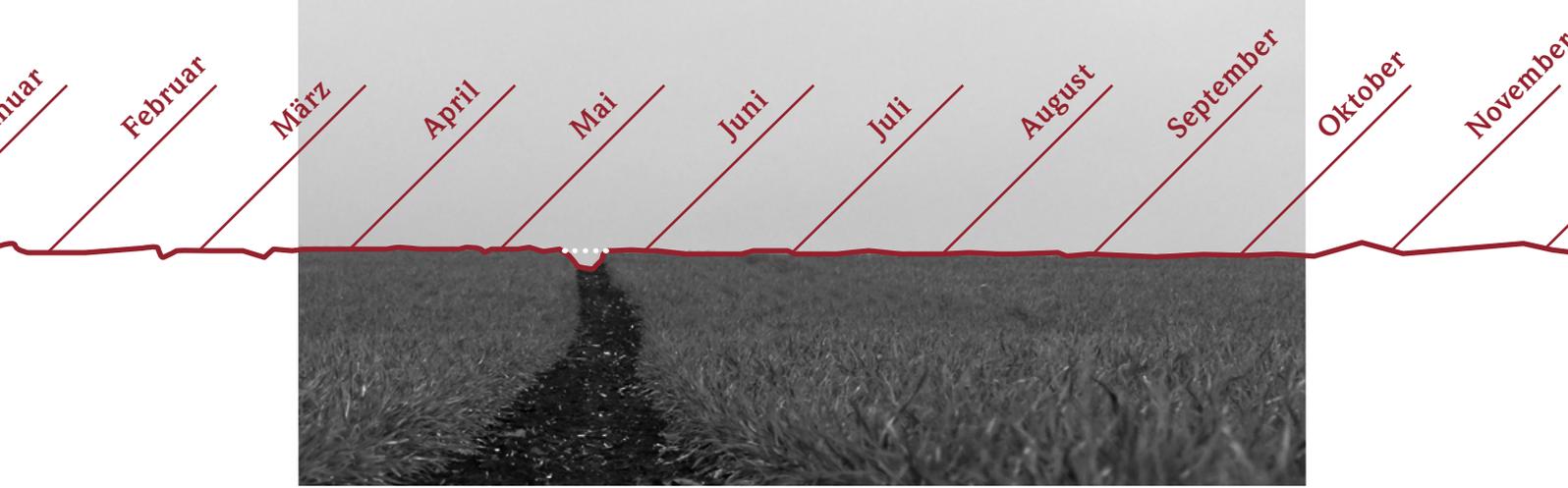
Mutterschutz

Während der Schutzfristen vor und nach der Entbindung erhält die (angehende) Mutter Mutterschaftsgeld (§ 19 Mutterschutzgesetz). Bei im Arbeitsverhältnis stehenden Frauen zahlt einen Teil hiervon die Krankenkasse. Darüber hinaus gibt es einen Anspruch auf einen Zuschuss der Arbeitgeber (§ 20 MuSchG). Der Zuschuss ist hierbei der Unterschied zwischen dem von den Krankenkassen zu zahlenden Betrag von 13 Euro pro Tag und dem um die gesetzlichen Abzüge verminderten durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelt. Der Durchschnitt wird hierbei anhand der **letzten drei Monate** vor Beginn der Schutzfrist vor der Entbindung ermittelt. Ist eine variable Vergütung Teil des vereinbarten Arbeitsentgeltes, ist somit auch diese zu berücksichtigen.

Achtung, Verfall!

Die meisten Arbeitsverträge und Tarifverträge enthalten sogenannte Verfall- oder Ausschlussfristen. Diese Klauseln sehen vor, dass wechselseitige Ansprüche innerhalb einer relativ kurzen Frist verfallen, wenn sie nicht vorher geltend gemacht werden. Die Frist beträgt, wenn sie sich aus dem Arbeitsvertrag ergibt, meist zwischen drei und sechs Monaten; bei Tarifverträgen kann sie auch deutlich kürzer sein. Hintergrund der Verfallfristen ist, dass die reguläre Verjährungsfrist von drei Jahren als zu lang für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis angesehen wird, da schon zuvor Rechtssicherheit bestehen soll.

Diese großzügige Erweiterung der gesetzlichen Verjährungsregeln kommt meistens der Arbeitgeberseite zugute. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat in den letzten Jahren jedoch viele der Verfallfristen-Klauseln in Arbeitsverträgen für unwirksam gehalten. So sind in jüngeren Arbeitsverträgen Verfallklauseln beispielsweise



unwirksam, wenn sie den gesetzlichen Mindestlohn nicht ausdrücklich ausnehmen oder zur Geltendmachung die Schriftform anstelle der Textform vorsehen. Sollten Arbeitnehmer ihre fiktiven Provisionsansprüche für die Vergangenheit geltend machen wollen, lohnt sich daher zumeist auch die rechtliche Überprüfung, ob die im Arbeitsvertrag enthaltenen Verfallklauseln wirksam sind.

Fazit

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die eine variable Vergütung vereinbart haben, sollten im Falle der Nichterbringung der Arbeitsleistung genau schauen, ob sie korrekt vergütet werden. Sollte die fiktive Provision nicht ausgezahlt worden sein, kann ein Nachzahlungsanspruch bestehen. Diesen gilt es im Rahmen der Verfall- und Verjährungsfristen geltend zu machen.

Betriebsräte können hauptsächlich beratend tätig werden. Ein Mitbestimmungsrecht besteht zu den aufgeworfenen Berechnungsfragen nicht. Es besteht allerdings die Möglichkeit, eine freiwillige Betriebsvereinbarung zu schließen, die die gesetzlichen Regelungen wiedergibt und somit für Klarheit im Betrieb sorgt und Streit vermeiden hilft. Betriebsräte können dazu beitragen, dass die Beschäftigten ihre Rechte kennen und auch der Arbeitgeber sich zu diesen Rechten bekennt. Ein Anspruch auf den Abschluss einer solchen Betriebsvereinbarung besteht allerdings nicht.

Siehe:

- Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 08.05.2020, Aktenzeichen 4 Sa 662/19, www.justiz.nrw
- Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 22.05.2014, Aktenzeichen C-539/12 (Lock ./ British Gas Trading Limited), <https://curia.europa.eu>
- Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 08.11.2018, Aktenzeichen 6 Sa 256/18, www.justiz.nrw
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 29.04.2015, Aktenzeichen 7 AZR 123/13, www.bundesarbeitsgericht.de
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 05.06.1985, Aktenzeichen 5 AZR 459/83, Juris (zu angestellten Handelsvertretern)



Rechtsanwältin
Elena Gabel
Münster

Mitbestimmung bei der Zeiterfassung LAG München setzt Einigungsstelle ein

Nachdem 2019 der EuGH festgestellt hatte, dass alle Arbeitgeber verpflichtet sind, die Arbeitszeit durch ein »objektives« und »verlässliches« System zu erfassen, brauchte es erst den »Paukenschlag«-Beschluss des Bundesarbeitsgerichts im September 2022, um dem deutschen Gesetzgeber zu verdeutlichen, dass Europarecht tatsächlich Bindungswirkung für das deutsche Arbeitsrecht entfaltet: Die Bundesregierung kündigte an, schnellstmöglich rechtliche Klarheit durch ein Gesetz schaffen zu wollen. Nach anfänglicher Geschäftigkeit und der Ankündigung einer Gesetzesverabschiedung im April 2023 versackte der Gesetzesentwurf erst einmal im Sommerloch. Das Landesarbeitsgericht München hat zwischenzeitlich in einer Entscheidung die Reichweite des Mitbestimmungsrechts bei der Arbeitszeiterfassung konkretisiert.



→ Hintergrund

Wie bereits in zwei Rundbriefen dargestellt, besteht eine Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit durch Zurverfügungstellung eines objektiven und verlässlichen Systems zur Arbeitszeiterfassung. Da einerseits diese Pflicht durch den EuGH festgestellt wurde und rechtsverbindlich ist, andererseits aber nicht allein eine elektronische Zeiterfas-

sung denkbar ist, lehnte das Bundesarbeitsgericht ein Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems ab. Dafür stellte es klar, dass die Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems als solche überhaupt nicht zur Disposition der Betriebsparteien steht, sondern schlicht gesetzlich vorgeschrieben ist. Ein Spielraum für die Mitbestimmung besteht demnach nur noch beim „Wie“ der Arbeitszeiterfassung.

Streit um Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats

Im Fall des Landesarbeitsgerichts München ging es um die Regionaldirektion einer Vertriebsgesellschaft. In der Unternehmensgruppe bestand seit 2021 eine Konzernbetriebsvereinbarung bezüglich der Arbeitszeiterfassung für den Innendienst. Eine entsprechende Regelung für die Mitarbeitenden im Außendienst fehlte. Daher beschloss der Betriebsrat der Regionaldirektion Ende 2022, eine Betriebsvereinbarung für den Außendienst zu verhandeln. Die Arbeitgeberin lehnte dies mit Verweis auf die Unzuständigkeit des Betriebsrates ab, da sie den Konzernbetriebsrat für zuständig hielt. Die Arbeitszeiterfassung sei bereits konzerneinheitlich geregelt, da der Innendienst bereits ein einheitliches System nutze, weshalb nur der Konzernbetriebsrat zuständig sein könne. Für das „Ob“ der Zeiterfassung bestehe ohnehin kein Mitbestimmungsrecht. Der Betriebsrat rief die Einigungsstelle an und beantragte beim Gericht deren Einsetzung.

LAG: Kein Zweifel an Zuständigkeit

Zunächst ist festzustellen, dass das Gericht die Einsetzung der Einigungsstelle nur dann ablehnen darf, wenn diese offensichtlich unzuständig ist. Das LAG München sah in diesem Fall keinerlei Zweifel:

Dem Betriebsrat steht ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Absatz 1 Nr. 7 Betriebsverfassungsgesetz (Mitbestimmung beim Gesundheitsschutz) zu. Denn der Betriebsrat begehrt die Ausgestaltung der Zeiterfassung der Außendienstmitarbeitenden und somit das „Wie“ der Zeiterfassung. Das Initiativrecht des Betriebsrates zur Ausgestaltung der Zeiterfassung kann von der Arbeitgeberin nicht dadurch vereitelt werden, dass sie gesetzeswidrig die Einführung eines Zeiterfassungssystems unterlässt, um dem Betriebsrat keinen Spielraum für die Ausgestaltung zu lassen. Ebenso wird das Mitbestimmungsrecht nicht dadurch ausgesetzt, dass sich die Arbeitgeberin bereits für ein bestimmtes System entschieden hat. Denn Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts ist, einseitige Festlegungen durch die Arbeitgeberin ohne Mitbestimmung zu verhindern.

Das LAG hielt auch die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrates nicht notwendigerweise für gegeben. Denn während es für die Einführung einer Software nach § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG ein nachvollziehbares Interesse an einer konzerneinheitlichen Einführung geben kann, ist dies nicht auf § 87 Absatz 1 Nr. 7 BetrVG, den Gesundheitsschutz, übertragbar. Für Fragen des Gesundheitsschutzes gibt es keinen zwingenden Grund einer konzerneinheitlichen Regelung.

Somit war die Zuständigkeit der Einigungsstelle nicht offensichtlich ausgeschlossen. Die genaue Prüfung überlässt das Gesetz der Einigungsstelle selbst, dort wird zu Beginn über die Zuständigkeit entschieden.

Praxishinweis

Der Beschluss des LAG München ist die erste veröffentlichte Entscheidung seit dem BAG-Beschluss von September 2022. Das vom BAG festgestellte Mitbestimmungsrecht wird hier noch einmal im Zusammenhang mit der Einsetzung einer Einigungsstelle bestätigt.

Solange der Gesetzgeber nichts anderes geregelt hat, bedeutet die Entscheidung für Betriebsräte bis auf Weiteres, dass sie ein Initiativrecht bezüglich der Auswahl der Art und Weise der Arbeitszeiterfassung haben. Dies bezieht sich auf alle Erfassungsmodalitäten, also das Softwaretool, die Installation auf den Endgeräten, den Erfassungszeitraum und die Kontrollmöglichkeiten. Die bereits eingeführten Methoden können durch den Betriebsrat infrage gestellt und eine Einigungsstelle hierüber erzwungen werden. Eine Konzernvereinbarung schließt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nicht automatisch aus.

Die Entscheidung des BAG von September 2022, in der ein Initiativrecht des Betriebsrats bezüglich der Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems verneint wurde, hatte für viel Unsicherheit unter Betriebsräten geführt. Wie sollen sie vorgehen, wenn in ihrem Betrieb keine Zeiterfassung erfolgt? Dazu hat das LAG München Klarheit bringen können: Das Initiativrecht besteht auch dann, wenn noch keine Zeiterfassung erfolgt, soweit der Betriebsrat deutlich macht, dass es ihm um die Ausgestaltung einer solchen Zeiterfassung geht und nicht lediglich um die Einführung.

Siehe:

- [Landesarbeitsgericht München, Beschluss vom 22.05.2023, Aktenzeichen 4 TaBV 24/23, NZA-RR 2023, Seite 477](#)
- [Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 13.09.2022, Aktenzeichen 1 ABR 22/21, www.bundesarbeitsgericht.de](#)
- [Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 14.05.2019, Aktenzeichen C-55/18, EuZW 2019, Seite 476](#)
- [Rundbriefe Nr. 57 \(04/2023\) und Nr. 58 \(07/2023\), www.arbeitnehmer-anwaelte.de](#)



Rechtsanwältin Marleen Neuling
Hannover

Das Beschwerdeverfahren nach § 85 BetrVG

Betriebsräte sollten es kennen und nutzen

Das Arbeitsverhältnis sichert für die meisten Beschäftigten die wirtschaftliche Existenz. Wenn es in diesem Verhältnis Konflikte gibt, Ungerechtigkeiten wahrgenommen werden oder vermeintliche oder bestehende Ansprüche nicht erfüllt werden, ist es auch in Zeiten des sogenannten Fachkräftemangels nicht immer leicht oder angebracht, einfach den Arbeitgeber zu wechseln. Schließlich haben sich die Beschäftigten im Betrieb oft fortentwickelt, kennen sich dort gut aus und haben einen gewissen Besitzstand erreicht. Auch Betriebsräte können kein Interesse daran haben, dass die unbefriedigende Situation damit beendet wird, dass unzufriedene Beschäftigte mit ihrem Wissen entschwinden. Verschiedene Beschwerdemöglichkeiten können ein Ansatz zur Konfliktlösung sein.

1

● Beschwerde nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Sind Diskriminierungstatbestände des § 1 AGG berührt – Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität –, können Beschäftigte sich an eine vom Arbeitgeber eingerichtete oder einzurichtende Beschwerdestelle nach **§ 13 AGG** wenden. Die Einführung und Ausgestaltung eines AGG-Beschwerdeverfahrens ist mitbestimmungspflichtig (BAG 2009). Der Betriebsrat hat auch das Recht, hierfür selbst die Initiative zu ergreifen. Kein Mitbestimmungsrecht sieht das BAG aber bei der Frage, wo der Arbeitgeber die Beschwerdestelle errichtet und wie er sie personell besetzt.

Auch wenn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer keine Nachteile erleiden dürfen, wenn sie ihr Beschwerderecht wahrnehmen, bedeutet dies nicht, dass Arbeitgeber der Beschwerde abhelfen – also dem Ansinnen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers nachkommen – müssten. Zwar dürfen die betroffenen Beschäftigten dann ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgeltes einstellen, wenn der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ergreift (§ 14 AGG). Die betroffenen Beschäftigten stehen aber immer unter dem Druck, dass die von ihnen wahrgenommenen diskriminierenden Verhaltensweisen am Ende doch nicht bewiesen werden und



sie wegen des Einstellens der Tätigkeit kein Entgelt bekommen oder gar entlassen werden. Die Betroffenen können auch einen Schadensersatz einklagen (§ 15 AGG). Dieser muss innerhalb einer Frist von 2 Monaten, nachdem die oder der Betroffene Kenntnis von der Benachteiligung erlangt hat, von den betroffenen Beschäftigten schriftlich (also mit Originalunterschrift) geltend gemacht werden. Ob damit die Situation befriedet wird, steht damit noch nicht fest.

Betriebsräte sollten daher Betriebsvereinbarungen zur Einführung und Ausgestaltung der Beschwerdestelle nach § 13 AGG abschließen.

2. ● **Beschwerde nach dem Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG)**

Liegt der Konflikt im Bereich des Gesundheits- und Arbeitsschutzes, sind die Beschäftigten berechtigt, dem Arbeitgeber Vorschläge zu allen Fragen der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit zu machen (**§ 17 ArbSchG**). Die Beschäftigten können sich auch bei dem Arbeitgeber beschweren, dass die vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen und bereitgestellten Mittel nicht ausreichen, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeit zu gewähren. Erst wenn der Arbeitgeber den darauf gerichteten Beschwerden von Beschäftigten nicht abhilft, können sich diese an die zuständige Behörde wenden. Hierdurch dürfen den Beschäftigten keine Nachteile entstehen. Neben völlig unzulässigen Arbeitsbedingungen kann hier insbesondere ein Verteilungskampf um die nicht im ausreichenden Maß zur Verfügung gestellte Arbeitsschutzkleidung oder Schutzausstattungen etliche Streitsituationen auslösen, unabhängig von der Frage, ob Umziehzeiten zur Arbeitszeit gehören. Auch finden sich hier die Konflikte des Personalmangels, der immer wieder auf Kosten der Beschäftigten ausgetragen wird.

Effektivere Durchsetzungsmöglichkeiten für die Gestaltung des betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutzes bietet allerdings das Mitbestimmungsrecht des Be-



etriebsrats nach § 87 Absatz 1 Nr. 7 BetrVG. Beschäftigte, die Mängel beim Arbeits- und Gesundheitsschutz sehen, sollten diese auch dem Betriebsrat melden, der solche Hinweise im Rahmen der Mitbestimmung verwerten kann.

3

● **Beschwerde nach dem Hinweisgeberschutzgesetz**

Aufgrund des neuen Hinweisgeberschutzgesetzes (HinSchG) haben viele Arbeitgeber Beschwerdestellen benannt. Je nachdem, wie das Verfahren ausgestaltet wurde – insbesondere durch Betriebsvereinbarungen –, können auch die so entstandenen Beschwerdemöglichkeiten für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine interessante Möglichkeit darstellen, um einer Konfliktlösung jedenfalls dann näherzukommen, wenn es um Rechtsverletzungen geht. Möglicherweise ist das Verfahren sogar so ausgestaltet, dass es dort ergänzt, wo die Beschwerdeverfahren nach dem BetrVG enden.

4

● **Beschwerde nach dem Betriebsverfassungsgesetz**

Unabhängig von besonderen Beschwerdestellen, die die Arbeitgeber oft aufgrund des HinSchG benannt haben, gibt es zwingend Beschwerderechte aus dem BetrVG. Sie unterteilen sich in die beiden Möglichkeiten, dass sich betroffene Beschäftigte einerseits an die zuständigen Stellen des Arbeitgebers (§ 84) und andererseits an den Betriebsrat wenden können (§ 85 BetrVG). Die Betroffenen haben aber auch das Recht, gleichzeitig oder nacheinander beide Stellen einzuschalten.

Es handelt sich um ein Individualrecht der Beschäftigten des Betriebes, aber natürlich können sich auch gleichzeitig mehrere Beschäftigte mit den gleichen oder ähnlichen Anliegen beschweren, was dem Anliegen mehr Gewicht verleihen kann.

a **Beschwerde beim Arbeitgeber (§ 84 BetrVG)** **Zuständige Stelle**

Die zuständige Stelle des Arbeitgebers bestimmt sich nach dem organisatorischen Aufbau des Betriebs. In der Regel zuständig ist die oder der unmittelbare Vorgesetzte. Durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung kann dies, wie auch andere Einzelheiten des Beschwerdeverfahrens, abweichend geregelt werden (§ 86 BetrVG).



Formfrei

Es ist keine bestimmte Form vorgeschrieben. Die Beschwerde kann mündlich oder in Textform vorgetragen werden. Die Textform ist zu bevorzugen, damit der Sachverhalt, um den es geht, unveränderbar festgehalten ist.

Wirkung der Beschwerde

Stehen bei dem Beschwerdesachverhalt Rechtsansprüche im Raum – weil man sich zum Beispiel über fehlende Gleichbehandlung beim Arbeitsentgelt beschwert –, ändert die Beschwerde nichts daran, dass der Anspruch in der Regel nach Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag in Textform beim Arbeitgeber **zusätzlich geltend gemacht werden muss, um nicht zu verfallen**. Die Beschwerde ist für sich genommen auch nicht geeignet, eine **Ausschlussfrist für eine Klage** zu hemmen oder zu wahren. Es kann also nicht nur, sondern sollte ggf. sogar unabhängig von einer Beschwerde der Rechtsweg beschritten werden.

Unterstützung und Vermittlung mit Hilfe eines Betriebsratsmitglieds

Machen Beschäftigte von ihrem Recht Gebrauch, ihre Beschwerde beim Arbeitgeber vorzutragen, dürfen sie ein Mitglied des Betriebsrates zur Unterstützung oder Vermittlung hinzuziehen (§ 84 Absatz 1 Satz 2 BetrVG). Darauf sollte der Betriebsrat in seinen Veröffentlichungen oder bei Betriebsversammlungen immer wieder hinweisen. Erfahrungsgemäß ist die Situation emotional belastend und ggf. auch spannungsgeladen, so dass eine Vertrauensperson die Sachlichkeit fördern kann. Das Betriebsratsmitglied kann aber auch als wertvolle Zeugin oder Zeuge über den konkreten Inhalt des übermittelten Sachverhalts dienen. Daher ist anzuregen, die vorgetragene mündliche Beschwerde oder das Gespräch, das nach einer schriftlichen Beschwerde stattfindet, zu protokollieren.

Inhalt der Beschwerde

Inhaltlich geht das Beschwerderecht der §§ 84, 85 BetrVG sehr weit. Nach § 84 BetrVG kann sich ein Arbeitnehmer beschweren,

„wenn er sich vom Arbeitgeber oder von Arbeitnehmern des Betriebs benachteiligt oder ungerecht behandelt oder in sonstiger Weise beeinträchtigt fühlt“.

Es geht also um das Vorbringen einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers, mit dem diese(r) auf eine Benachteiligung, ungerechte Behandlung oder eine sonstige Beeinträchtigung durch den Arbeitgeber oder andere Beschäftigte des Betriebes hinweist und Beseitigung des belastenden Zustands begehrt.

Das Vorbringen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers muss einen Beschwerdegegenstand enthalten. Es muss also kenntlich sein, in welchen tatsächlichen Umständen eine Beeinträchtigung erblickt wird. Nur dann kann der Arbeitgeber der Beschwerde nachgehen.

Die Beeinträchtigung muss zudem einen Bezug zum Arbeitsverhältnis oder Betrieb haben. Darauf, ob die Beeinträchtigung objektiv vorliegt, kommt es für Frage, ob die Beschwerde überhaupt zulässig ist, nicht an. Dies ist vielmehr nur relevant dafür, wie weit die Beschwerde begründet ist. Das Gesetz verlangt lediglich, dass die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer sich selbst beeinträchtigt „fühlt“, hebt also auf seinen subjektiven Standpunkt ab.

Beschwerdegegenstände können zum Beispiel sein:

- Mobbing, worunter nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts das systematische Anfeinden, Schikanieren oder Diskriminieren von Beschäftigten untereinander oder durch Vorgesetzte zu verstehen ist. Es wird begünstigt durch Stresssituationen am Arbeitsplatz, deren Ursachen unter anderem in einer Über- oder Unterforderung einzelner Arbeitnehmer(innen) oder Arbeitnehmer(innen)-gruppen, in der Arbeitsorganisation oder im Verhalten von Vorgesetzten liegen können. Schwierigkeiten bereiten vor allem das Erkennen von Mobbing, die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Betroffenen sowie die Abgrenzung gegenüber sozial anerkannten Verhaltensweisen am Arbeitsplatz
- Lohn- und Entgeltfragen, wenn Lohnerhöhungen nicht tariflich geregelt sind
- Einteilung zu einer unbeliebten Arbeitszeit
- Arbeitsbelastung durch zu wenig Personal
- Heranziehen zu unqualifizierten Tätigkeiten
- Unberechtigte Versetzungen
- Unzulängliches Arbeitsmaterial
- Verstoß gegen Arbeitsschutzvorschriften, zum Beispiel keine Masken für den Atemschutz im Chemiewerk
- u. v. m.

Entscheidung des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber muss eine Entscheidung über die Beschwerde treffen. Dabei ist er frei, ob er der Beschwerde abhilft und wie er dem betroffenen Beschäftigten seine Entscheidung mitteilt. Dass sich der Arbeitgeber mit der Beschwerde befasst, darauf hat die oder der Betroffene einen Anspruch, den sie/er sogar einklagen kann.

Gibt der Arbeitgeber der Beschwerde statt, muss er sich um die gerügte Sache kümmern. Einzelheiten sind dabei juristisch strittig: Erklärt der Arbeitgeber die Beschwerde für berechtigt, ist fraglich, ob diese Erklärung schon zu einem Rechtsanspruch auf eine Abhilfemaßnahme führt oder ob ein solcher Anspruch sich nur aus anderen Grundlagen ergeben kann.

Gibt der Arbeitgeber der Beschwerde nicht statt, muss er dies der betroffenen Person mitteilen und nach allgemeiner Meinung auch begründen.

Benachteiligungsverbot

Auch in diesem Verfahren dürfen die betroffenen Beschäftigten durch die Beschwerde keine Nachteile erleiden (§ 84 Absatz 3 BetrVG). Dieses Benachteiligungsverbot gilt auch für die Erhebung einer Beschwerde beim Betriebsrat nach § 85 Absatz 1 BetrVG. Die Ausübung des Beschwerderechts als solche ist auch nicht geeignet, eine verhaltensbedingte Kündigung zu begründen. Wird die Kündigung ausschließlich auf die Ausübung dieses Rechts gestützt, ist sie nichtig (§ 134 BGB).

Allerdings sollen der Inhalt oder die Begleitumstände einer Beschwerde eine Kündigung begründen können, insbesondere wenn haltlos schwere Anschuldigungen gegen den Arbeitgeber erhoben werden. Schwerwiegende Beleidigungen in Form einer Beschwerde sind nicht vom Benachteiligungsschutz gedeckt, so die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

b Beschwerde beim Betriebsrat (§ 85 BetrVG) **Entgegennahme der Beschwerde**

Wenden sich die Beschäftigten mit ihrer Beschwerde an den Betriebsrat, hat sich dieser – oder ein damit beauftragter Ausschuss – mit der Beschwerde zu befassen. Der Betriebsrat kann die Entgegennahme der Beschwerde nicht ablehnen.

Auf der Tagesordnung der nächsten Sitzung des Betriebsrates sollte daher die Beschlussfassung über die Berechtigung der Beschwerde stehen. Achtung: Ist Beschwerdeführer ein Betriebsratsmitglied, könnte es bei der Beschlussfassung über die Beschwerde befangen sein und darf daher bei diesem Tagesordnungspunkt nicht mitberaten und abstimmen. Es ist ein Ersatzmitglied zu laden.

Der Betriebsrat führt nun das Verfahren anstelle der betroffenen Person. Diese muss nicht beteiligt werden. Die Person kann aber als Zeugin oder Zeuge in einer möglichen Einigungsstelle zur Verfügung stehen.

Ein einklagbarer Anspruch der betroffenen Beschäftigten gegen den Betriebsrat besteht nicht.

Abhilfersuchen beim Arbeitgeber

Der Betriebsrat hat die Beschwerde, wenn er sie für berechtigt erachtet, beim Arbeitgeber vorzubringen und muss darauf hinwirken, dass der Arbeitgeber der Beschwerde abhilft, also Maßnahmen zur Behebung der Benachteiligung bewirkt. Ziel der Verhandlungen mit dem Arbeitgeber ist es, die Berechtigung der Beschwerde festzustellen.

Für die Inhalte der Beschwerde gilt das Gleiche wie für die Beschwerde der oder des Betroffenen beim Arbeitgeber. Es können alle gefühlten und mit Sachverhalt geschilderten Benachteiligungen, Diskriminierungen oder Beeinträchtigungen zum Gegenstand gemacht werden.

Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat darüber unterrichten, wie er mit der Beschwerde umgehen will. Im Gesetz gibt es keine Formvorschrift für diese Unterrichtung. Nach Auffassung der Rechtsprechung soll der Arbeitgeber im Fall der Ablehnung aber verpflichtet sind, seine Gründe zu erläutern.

Die betroffene Person muss vom Arbeitgeber nur informiert werden, wenn sie sich selbst beim Arbeitgeber beschwert hat. Ist sie nur den Weg der Beschwerde über den Betriebsrat gegangen, kann es sein, dass der Arbeitgeber ihr keine Mitteilung macht. Der Betriebsrat sollte daher den Informationsaustausch mit der betroffenen Person führen.

Mit diesem Verfahren können arbeitsgerichtliche Verfahren vermieden und auch die Akzeptanz der innerbetrieblichen Konfliktlösung gefördert werden. Der Betriebsrat tritt als Stellvertreter für die betroffene Person auf und kann mit seinen Erfahrungen und seinem Wissen um die betrieblichen Verhältnisse zur Streitschlichtung erheblich beitragen.

Einigungsstelle - aber nicht bei strittigen Rechtsansprüchen

Aber es hat noch einen weiteren Vorteil, wenn man sich beim Betriebsrat statt beim Arbeitgeber beschwert: Der Betriebsrat kann, anders als der einzelne Beschäftigte, die Angelegenheit vor die Einigungsstelle bringen. Dieses innerbetriebliche Konfliktlösungsgremium (§ 76 BetrVG) kann der Betriebsrat anrufen, wenn er sich mit dem Arbeitgeber nicht über die Berechtigung einer Beschwerde einigen kann. Die beschwerdeführende Person ist in diesem Verfahren nicht beteiligt, sondern ist darauf angewiesen, dass sich der Betriebsrat für ihre Interessen einsetzt.

Allerdings kommt der Betriebsrat nach der Rechtsprechung, bevor er die Einigungsstelle anruft, an eine wichtige Weggabelung: Nach dem Gesetz ersetzt der Einigungsstellenspruch über eine Beschwerde nicht die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, soweit es sich um einen Rechtsanspruch handelt (§ 85 Absatz 2 Satz 3 BetrVG). Daraus schließt die herrschende Rechtsprechung, dass Beschwerden, denen Rechtsansprüche zugrunde liegen, schon gar nicht in die Einigungsstelle gelangen dürfen.

Demnach endet bei Beschwerden über unerfüllte Rechtsansprüche – beispielsweise bei zu niedrig ausgezahlten Mehrarbeitszuschlägen – der Weg des Betriebsrats, sobald der Arbeitgeber die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen hat. Die betroffene Person kann dann entscheiden, ob sie selbst ihr Recht durchsetzen will, insbesondere durch eine Klage vor Gericht.

Mit Rechtsanspruch meint das Gesetz zunächst einmal Ansprüche, die sich aus Gesetz, Tarifvertrag oder dem Arbeitsvertrag ergeben, etwa auf den vereinbarten Lohn oder Urlaub. Rechtsansprüche sind aber auch alle Ansprüche, die sich aus einer Betriebsvereinbarung ergeben, etwa auf die Zahlung des Arbeitsentgelts in einer bestimmten

Art und Weise, auf bestimmte Pausen und Ähnliches. Rechtsansprüche sind weiter auch alle Ansprüche, die aus dem Gleichbehandlungsgebot (§ 75 Absatz 1 BetrVG) und dem Recht auf Schutz und Förderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit (§ 75 Absatz 2 BetrVG) resultieren.

Es bleiben in der Zuständigkeit des Betriebsrats also nur Streitigkeiten übrig, bei denen der Position der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers kein rechtlicher Anspruch zugrunde liegt. Je mehr Rechtsansprüche geschaffen werden, desto enger wird dieses Feld also. Beispielsweise haben Beschäftigte mittlerweile einen Anspruch auf einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz (§ 5 Absatz 1 Arbeitsstättenverordnung), dies ist kein Fall mehr für eine Betriebsratsbeschwerde.

Weitere Hürden für die Einigungsstelle

Nach der Rechtsprechung des BAG sind außerdem diejenigen Beschwerden kein Fall für die Einigungsstelle, in denen es nur noch um **Vergangenheitsbewältigung** geht – der Sachverhalt muss vielmehr noch andauern oder sich wahrscheinlich wiederholen.

Das Entscheidungsergebnis ist, ob und ggf. inwieweit die Beschwerde berechtigt ist. **Bestimmte Abhilfemaßnahmen** des Arbeitgebers darf die Einigungsstelle hingegen nicht beschließen, denn die Form der Abhilfe liegt allein im Ermessen des Arbeitgebers.

Da die Einigungsstelle im Prinzip nur ja oder nein zur Berechtigung der Beschwerde sagen kann, erscheint es sinnvoll, die Beschwerde mit Bedacht zu formulieren, also sehr klarzumachen, welche – ggf. differenziert darzustellenden verschiedenen – Sachverhalte beanstandet werden. Betriebsräte, die Missstände berichtet bekommen, weisen in der Regel darauf hin, dass das Recht zu einer Beschwerde nach § 85 BetrVG besteht und sich die betroffene Person überlegen soll, ob sie hiervon Gebrauch macht. Bei Bedarf können sie auch Hilfestellung dahingehend geben, dass die Beschwerde zielführend formuliert wird.

Der Sinn des Einigungsstellenverfahrens ist, einen Weg zur Beilegung eines betrieblichen Regelungskonflikts zu eröffnen. Hat jemand die Veränderung eines ihn beeinträchtigenden betrieblichen Zustands angemahnt, soll mit dem Einigungsstellenverfahren eine zusätzliche Überprüfung durch eine dritte Stelle ermöglicht werden. Im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat legt der Spruch der Einigungsstelle die Meinungsverschiedenheit bei. Stellt die Einigungsstelle die Berechtigung der Beschwerde fest, wird der Arbeitgeber zum Ergreifen geeigneter Abhilfemaßnahmen verpflichtet. Darin besteht die Konfliktlösung durch die Einigungsstelle.

Aus dem Spruch der Einigungsstelle, mit dem diese die Beschwerde für berechtigt erklärt, muss hervorgehen, welche konkreten tatsächlichen Umstände die Einigungs-

stelle als zu vermeidende Beeinträchtigung angesehen hat. Anderenfalls kann der Arbeitgeber nicht erkennen, welchen Zustand er zu beseitigen oder künftig zu vermeiden hat. Ein in diesem Sinne nicht hinreichend bestimmter Spruch ist unwirksam.

Es gibt also folgende Hürden für die Zuständigkeit der Einigungsstelle:

- Keine Entscheidung über einen Rechtsanspruch der betroffenen Person
- Keine Entscheidung über die Vergangenheit, wenn keine Wiederholungsgefahr
- Keine Entscheidung über bestimmte Abhilfemaßnahmen

Eine vierte Hürde besteht darin, dass die Einigungsstelle bei individualrechtlichen Beschwerden nichts entscheiden dürfen soll, was durch die **Mitbestimmung des Betriebsrates geregelt** wird. Denn die Mitbestimmung soll durch das Beschwerderecht nicht erweitert werden. Eine Beschwerde, die sich auf einen mitbestimmten Sachverhalt – etwa Beginn und Ende der Arbeitszeit – bezieht, kann somit nur den Anstoß dafür geben, dass der Betriebsrat von seinem ohnehin vorhandenen Recht Gebrauch macht, die Regelung über die Einigungsstelle zu erzwingen (§ 87 Absatz 2 BetrVG). Je nach der Ausgestaltung des Mitbestimmungsrechtes kann es um eine allgemeine Regelung (zum Beispiel Arbeitszeit) oder die Regelung eines Einzelfalles (zum Beispiel die Lage des Urlaubs einer Person) gehen.

Nicht zu vergessen ist auch, dass die Einigungsstelle scheitern kann, wenn der Arbeitgeber **bereits Abhilfemaßnahmen ergriffen** hat. Ob der Betriebsrat sie für ausreichend hält, spielt dann keine Rolle, wenn der Arbeitgeber sein Ermessen rechtmäßig ausgeübt hat. Denn durch eine ergriffene Maßnahme, die noch im Ermessensspielraum liegt, hat der Arbeitgeber der Beschwerde abgeholfen, diese ist dann nicht – mehr – berechtigt.

Entscheidet die Einigungsstelle gegen die Berechtigung der Beschwerde, beeinträchtigt dies die Rechte der oder des Betroffenen nicht. Geht der Spruch der Einigungsstelle zugunsten des Beschwerdeführers aus, gibt er diesem einen Rechtsanspruch auf Abhilfemaßnahmen.

Fazit

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer stehen mit ihren Konflikten und Diskriminierungserfahrungen anfangs oft alleine da und sind wegen der psychischen Belastung nicht stark, um in eine Auseinandersetzung zur Verbesserung der Arbeitssituation zu gehen. Um zu verhindern, dass sie in Krankheit fliehen oder gar ganz aufhören, sollte der Betriebsrat seine Mittel zur Unterstützung nutzen. Auch Überlastungsanzeigen verbunden mit vielen individuellen Beschwerden nach §§ 84, 85 BetrVG können eine starke Wirkung haben und führen zur Solidarisierung der Belegschaft. Die betroffenen Beschäftigten erfahren, dass sie eben nicht alleine sind, und die Betriebsatmosphäre wird zum „offiziellen“ Thema.

Für den Betriebsrat hervorzuheben ist das Beschwerdeverfahren nach § 85 BetrVG, in dem der Betriebsrat eine zentrale Rolle spielt und anstelle der betroffenen Person streitet. Auch wenn die aufgezeigten Hürden, die die Rechtsprechung insbesondere für die Einigungsstelle nach § 85 BetrVG aufgestellt hat, hoch scheinen mögen, ist in vielen Fällen nicht eindeutig, ob die Angelegenheit zum Beispiel einen Rechtsanspruch beinhaltet. Das somit bestehende Risiko des Arbeitgebers, dass der Betriebsrat die Angelegenheit der Einigungsstelle zuführen könnte, genügt in der betrieblichen Praxis nicht selten bereits, um einen Einigungswillen auszulösen, der zu einem Kompromiss führt. Auch wenn die Ziele nicht immer erreicht werden, hat der Betriebsrat mit dem Beschwerdeverfahren eine gute Möglichkeit, auch individuelle Lösungen anzuregen und sich für die Beschäftigten einzusetzen.

Siehe:

- Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 31. Auflage, § 84, § 85 BetrVG
- Wildschütz/Luczak, Handbuch des Arbeitsrechts, 16. Auflage, Kapitel 13, Betriebsverfassungsrecht. Rechte des einzelnen Arbeitnehmers nach dem BetrVG, §§ 81-86 BetrVG
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 21.07.2009, Aktenzeichen 1 ABR 42/08, Juris - AGG-Beschwerdeverfahren mitbestimmungspflichtig
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 11.03.1982, Aktenzeichen 2 AZR 798/79, Juris, Randnummer 25 - haltlose schwere Anschuldigungen gegen den Arbeitgeber nicht vom Benachteiligungsschutz bei der Beschwerde gedeckt
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 22.11.2005, Aktenzeichen 1 ABR 50/04, Juris, Rn. 33, 39 ff. - keine Entscheidung der Einigungsstelle nach § 85 Absatz 2 über rein vergangenheitsbezogene Beschwerden; keine Entscheidung über bestimmte Abhilfemaßnahmen
- Landesarbeitsgericht Hessen, Beschluss vom 17.12.2019, Aktenzeichen 4 TaBV 136/19, Juris - keine Einigungsstelle, wenn schon Abhilfemaßnahmen erfolgt



Rechtsanwältin Ingelore Stein

Fachanwältin für Arbeitsrecht

Dortmund

Zuschläge nach Kündigung des Tarifvertrages Keine Abschaffung ohne Mitbestimmung

Immer wieder kommt es nach der Kündigung von Tarifverträgen oder nach einem Austritt aus dem Arbeitgeberverband dazu, dass die Arbeitgeber Entgeltsysteme nicht mehr anwenden oder Entgeltbestandteile an (neue) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht auszahlen. Doch so einfach ist das nicht, zumindest nicht ohne Beteiligung des Betriebs- oder Personalrates. Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen hat einem Arbeitnehmer Ansprüche auf Erschwerniszuschläge zugesprochen, obwohl dieser erst nach der Kündigung des einschlägigen Tarifvertrages ein Arbeitsverhältnis bei der Arbeitgeberin begonnen hat.



→ Tarifvertrag mit Erschwerniszulage gekündigt

Der Arbeitnehmer ist seit 2011 bei einer Gemeinde beschäftigt, die an das Tarifvertragswerk des öffentlichen Dienstes gebunden ist. Bereits zwei Jahre zuvor hatte die Arbeitgeberin den einschlägigen Tarifvertrag (Ortstarifvertrag) gekündigt, in dem unter anderem Erschwerniszuschläge vereinbart waren. Bis heute gibt es keine tarifvertragliche Nachfolgeregelung. Die Arbeitgeberin zahlte dem Arbeitnehmer keinen Erschwerniszuschlag, mit Verweis darauf, dass der Tarifvertrag gekündigt war. Der Arbeitnehmer klagte den Zuschlag ein und bekam sowohl beim Arbeitsgericht Lüneburg als auch beim Landesarbeitsgericht Niedersachsen Recht.

Keine Änderung von Entgeltgrundsätzen ohne Mitbestimmung

Beide Instanzen begründeten ihr Urteil damit, dass der Personalrat der Gemeinde hinsichtlich der Nichtzahlung der Zuschläge nicht beteiligt wurde. Aus der sog. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung folgt, dass mitbestimmungspflichtige Regelungen, die unter Missachtung der Mitbestimmungsrechte getroffen werden, auch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht wirksam sind. Das Gericht ist der Argumentation des Klägers gefolgt, dass es sich bei der Zahlung von Erschwerniszuschlägen um einen Entgeltgrundsatz handelt, der mitbestimmungspflichtig ist. Ein Arbeitgeber darf einen solchen Entgeltgrundsatz nicht ohne Zustimmung des Personalrats ändern. Tut er dies doch, hat der Arbeitnehmer trotzdem Anspruch auf Zahlung des Zuschlages, da die Nichtzahlung (mitbestimmungs)rechtswidrig erfolgte. Dabei ist entscheidend, dass es keine Rolle spielt, dass der Arbeitnehmer erst nach der Kündigung des Tarifvertrages bei der Arbeitgeberin angefangen hat. Ein Entgeltgrundsatz aus einem Tarifvertrag gilt nach dessen Kündigung grundsätzlich als betrieblicher Entgeltgrundsatz weiter. Will der Arbeitgeber diesen Grundsatz ändern, muss er zunächst eine Einigung mit dem Personalrat herbeiführen.

Praxishinweise

Die Entscheidung zum niedersächsischen Personalvertretungsrecht ist 1:1 auch auf Betriebe mit Betriebsräten anwendbar. Die Grundsätze, die das Arbeits- und Landesarbeitsgericht angewendet haben, gelten auch für § 87 Absatz 1 Nr. 10 Betriebsverfassungsgesetz (Mitbestimmung bei der betrieblichen Lohngestaltung). Dass es sich in der Entscheidung um einen Betrieb des öffentlichen Dienstes handelt, war nicht entscheidungserheblich.

Die Entscheidung folgt konsequent der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Änderung von Entlohnungsgrundsätzen nach einer Kündigung eines Tarifvertrages oder auch nach einem Verbandsaustritt oder nach Ende der Allgemeinverbindlichkeit. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine Änderung eines Entlohnungsgrundsatzes – egal, auf welche Rechtsgrundlage sich diese gründet – der Mitbestimmung unterliegt, soweit der Arbeitgeber nicht (mehr) tarifgebunden ist. Deshalb ist der vormals tarifgebundene Arbeitgeber zum Beispiel auch weiterhin verpflichtet, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in ein ehemals tarifliches Entgeltschema, also den Tarifvertrag, einzugruppieren. Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen hat dies nun auch für das Ändern von Zuschlägen ausdrücklich anerkannt. Der Grundsatz gilt also auch dann, wenn der Arbeitgeber ehemals tarifvertragliche Zuschläge ändern will.

Das bedeutet für die Praxis von Betriebs- und Personalräten, dass sie im Falle einer Kündigung eines Tarifvertrages oder nach Austritt aus dem Arbeitgeberverband darauf achten sollten, ihr Mitbestimmungsrecht geltend zu machen, soweit der Arbeitgeber Entgeltgrundsätze ändern will. Das kann unter Umständen auch der Fall sein, wenn es zum Outsourcing von Betriebsteilen – einem Betriebsteilübergang – kommt.



Siehe:

- Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Urteil vom 25.05.2023, Aktenzeichen 5 Sa 842/22 - die Entscheidung kann beim Autor unter stoffregen@arbeitnehmeranwaelte-hannover.de angefordert werden
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 03.12.1991, Aktenzeichen GS 1/90, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 52
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 17.05.2011, Aktenzeichen 1 AZR 797/09, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 136



Rechtsanwalt Sebastian Büchele-Stoffregen

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Hannover

Zur Beachtung

→ Soweit in diesem Rundbrief rechtliche Hinweise gegeben werden, ist dies nur als allgemeine, vereinfachende Orientierung zu verstehen und kann keine rechtliche Beratung im konkreten Fall ersetzen. Für rechtliche Beratung und Vertretung wenden Sie sich bitte an eine der im Folgenden aufgeführten Kanzleien.

Unsere Kanzleien

10405 Berlin | dka Rechtsanwälte | Fachanwälte

Marion Burghardt*, Christian Fraatz*, Dieter Hummel, Mechtild Kuby*, Nils Kummert*, Sebastian Baunack*, Dr. Lukas Middel*, Sandra Kunze*, Dr. Silvia Velikova*, Damiano Valgolio*, Anne Weidner*, Daniel Weidmann*, Dr. Raphaël Callsen*, Wolfgang Daniels*, Anna Gilsbach, LL.M., Benedikt Rüdesheim, LL.M.*, Micha Heilmann, Janine Kaldeweier, Eleonora Storm
Immanuelkirchstraße 3 - 4

10405 Berlin

Telefon: 030 4467920 | Fax: 030 44679220

info@dka-kanzlei.de | www.dka-kanzlei.de

22303 Hamburg | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft

Klaus Müller-Knapp, Jens Peter Hjort*, Manfred Wulff*, Andreas Bufalica*, Daniela Becker, Simon Dilcher*, Dr. Julian Richter*, Christopher Kaempf*, Dr. Ragnhild Christiansen*, Marek Beck, LL.M.*, Carolin Warnecke, Madlen Lübker*, Morten Kramme, Antonio Mamerow
Kaemmererufer 20

22303 Hamburg

Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999

kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de

24116 Kiel | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft (Zweigstelle)

Simon Dilcher*, Dr. Julian Richter*

Kronshagener Weg 105

24116 Kiel

Telefon: 0431 90880123 | Fax: 0431 90880124

kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de

28195 Bremen | Rechtsanwälte Dette Nacken Ögüt & Kollegen

Dieter Dette*, Michael Nacken*, Dr. jur. Pelin Ögüt*, Markus Barton*, Simon Wionski*, Christoph Gottbehüt, Mira Gathmann*, Paul Troeger, Antonia Kuksa, Tomke Pietruska, Joachim Lubkowitz

Bredenstraße 11

28195 Bremen

Telefon: 0421 6990150 | Fax: 0421 69901599

kanzlei@dnoe.de | www.anwaelte-fuer-arbeitsrecht.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

30165 Hannover | Arbeitnehmeranwälte Hannover

Eva Büchele*, Sebastian Büchele-Stoffregen*, Sabrina Burkart*, Ute Kahl*,
Annika Wheeler*, Svenja Meergans, Christine Matern, Norbert Schuster,
Marleen Neuling

Schulenburg Landstraße 20b

30165 Hannover

Telefon: 0511 700740 | Fax: 0511 7007422

info@arbeitnehmeranwaelte-hannover.de | www.arbeitnehmeranwaelte-hannover.de

44137 Dortmund | Kanzlei für Arbeitsrecht Ingelore Stein

Ingelore Stein*

Kampstraße 4A (Krügerpassage)

44137 Dortmund

Telefon: 0231 3963010 | Fax: 0231 822014

arbeitsrecht@ingelore-stein.de | www.ingelore-stein.de

48145 Münster | Meisterernst Düsing Manstetten

Klaus Kettner*, Veronica Bundschuh*, Marius Schaefer*, Elena Gabel

Oststraße 2

48145 Münster

Telefon: 0251 520910 | Fax: 0251 5209152

info@meisterernst.de | www.meisterernst.de

60313 Frankfurt am Main | Büdel Rechtsanwälte

Detlef Büdel*, Udo Rein*, Christian Penno

Petersstraße 4

60313 Frankfurt am Main

Telefon: 069 13385810 | Fax: 069 133858114

anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de | www.fbb-arbeitsrecht.de

**60322 Frankfurt am Main | franzmann. geilen. brückmann.
fachanwälte für arbeitsrecht**

Armin Franzmann*, Yvonne Geilen*, Jan Brückmann*,
Kathrin Poppelreuter*, Kathrin Schlegel*, Ronja Best*,
Lea Sophia Wittig, Jan Tretow*, Dr. Dietrich Growe*

Falkensteiner Straße 77

60322 Frankfurt

Telefon: 069 15392820 | Fax: 069 15392821

mail@arbeitnehmer-kanzlei.de | www.arbeitnehmer-kanzlei.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

65185 Wiesbaden | Schütte, Lange & Kollegen

Reinhard Schütte*, Jakob T. Lange*, Julia Windhorst, LL.M.*,
Thorsten Lachmann*

Adolfsallee 22

65185 Wiesbaden

Telefon: 0611 9500110 | Fax: 0611 95001120

info@wiesbaden-arbeitsrecht.com | www.wiesbaden-arbeitsrecht.com

70176 Stuttgart | Bartl Mausner Horschitz /Anwaltskanzlei

Ewald Bartl*, Benja Mausner*, Alexandra Horschitz*, Kevin Thiel, Tabea Kittel

Johannesstraße 75

70176 Stuttgart

Telefon: 0711 6332430 | Fax: 0711 63324320

info@arbeitnehmeranwaelte-stuttgart.de | www.arbeitnehmeranwaelte-stuttgart.de

77652 Offenburg | MARKOWSKI Arbeitsrecht - Kanzlei für Arbeitnehmer:Innen und Betriebsräte

Jürgen Markowski*, Julia Englert*, Christian Albert

Turmgasse 3

77652 Offenburg

Telefon: 0781 96052440 | Fax: 0781 96052449

kanzlei@markowski-arbeitsrecht.de | www.markowski-arbeitsrecht.de

79098 Freiburg | Anwaltsbüro im Hegarhaus

Michael Schubert*,

Berater für kollektives Arbeitsrecht: Prof. Dr. Sérgio Fortunato

Wilhelmstraße 10

79098 Freiburg

Telefon: 0761 3879211 | Fax: 0761 280024

kanzlei@hegarhaus.de | www.hegarhaus.de

80336 München | kanzlei huber.mücke.helm - Menschenrechte im Betrieb

Michael Huber, Matthias Mücke*, Dr. Rüdiger Helm, LL.M.,

Susanne Gäbelein, Christine Steinicken*, Andreas von Fumetti

Schwanthalerstraße 73

80336 München

Telefon: 089 51701660 | Fax: 089 51701661

kanzlei@kanzlei-hmh.de | www.menschenrechte-im-betrieb.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

90429 Nürnberg | Manske & Partner

Beate Schoknecht*, Sabine Feichtinger*, Thomas Müller*,
Dr. Sandra B. Carlson*, LL.M., Andreas Bartelmeß*, Judith Briegel*,
Georg Sendelbeck*, Axel Angerer*, Magdalena Wagner*, Sebastian Lohneis*,
Sabrina Eckert*, Tobias Hassler*

Berater der Kanzlei: Wolfgang Manske

Bärenschanzstraße 4

90429 Nürnberg

Telefon: 0911 307310 | Fax: 0911 307319800

kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de

91522 Ansbach | Manske & Partner (Zweigstelle)

Andreas Bartelmeß* u. a.

Karlsplatz 2

91522 Ansbach

Telefon: 0981 97780800

kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

Impressum

→ Der Rundbrief der Anwaltskooperation **ArbeitnehmerAnwälte** wird herausgegeben von den Rechtsanwälten

- **Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**
Kaemmererufer 20
22303 Hamburg
Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999
kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de
www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de
Partnerschaftsregister: AG Hamburg, PR 816



Redaktion

Rechtsanwalt Dr. Julian Richter,
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Rechtsanwaltsbüros Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft sind Mitglieder der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer (Hamburg) und führen die Berufsbezeichnung Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt, die ihnen in Deutschland verliehen wurde. Aufsichtsbehörde ist gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO die Hanseatische Rechtsanwaltskammer, Bleichenbrücke 9, 20354 Hamburg.

Die für die Berufsausübung maßgeblichen Regelungen – Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, Fachanwaltsordnung – können im Internetangebot der Bundesrechtsanwaltskammer (www.brak.de) eingesehen werden.

Dieser Rundbrief enthält in seiner elektronischen Fassung externe Hyperlinks zu Internetangeboten, die nicht von uns zur Verfügung gestellt werden.

- Gestaltung, Layout & Fotos: formation_01 · netzwerk für digitale gestaltung www.formation01.com
- Autorenportraits: Autoren